

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
Barrancabermeja, Junio Dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por el vinculado **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER** contra el fallo de tutela fechado Tres de Mayo dos mil veintitrés (2023), proferido por él **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES**, dentro de la acción de tutela interpuesta por **ALICIA MURILLO COLMENARES** Agente oficioso de su hija **M.F.J.M.** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a recibir atención oportuna y de calidad, a la seguridad social y a la educación inclusiva, tramite al que fueron vinculados de oficio al COLEGIO INTEGRADO MADRE DE LA ESPERANZA CIME, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, GOBERNACION DE SANTANDER, HOSPITAL INTEGRADO SABANA DE TORRES, MINISTERIO DE SALUD, PERSONERIA MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

ANTECEDENTES

Al hacer uso de la acción de tutela, la aquí accionante **ALICIA MURILLO COLMENARES** Agente oficioso de su hija M.F.J.M pretende que este despacho, reconozca y ampare los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la **NUEVA E.P.S.** por lo que en consecuencia solicita se le ordene al aquí accionado que:

“en el término de 48 horas siguientes a que se profiera el fallo, asigne TUTOR SOMBRA O SOMBRA TERAPEUTICA, a la menor de edad MAIRA FERNANDA JAIMES MURILLO, para garantizar sus derechos fundamentales, quien se encuentra matriculada en el grado CUARTO del COLEGIO INTEGRADO MADRE DE LA ESPERANZA, con ocasión a sus diagnósticos de SINDROME DE DOWN, OTROS TRASTORNOS DE ANSIEDAD MIXTOS, RETRASO MENTAL MODERADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO NULO O MINIMO, LUXACIÓN RECIDIVANTE DE LA RÓTULA, TRASTORNO DE LA

REFRACCIÓN Y DEFORMIDAD EN VALGO, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE, DISPEPSIA.”

Como hechos que sustentan el petitum manifiesta la accionante que su hija M.F.J.M., tiene 12 años y fue diagnosticada con SINDROME DE DOWN, OTROS TRASTORNOS DE ANSIEDAD MIXTOS. RETRASO MENTAL MODERADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO NULO O MÍNIMO, LUXACIÓN RECIDIVANTE DE LA RÓTULA. TRASTÓRNO DE LA REFRACCIÓN Y DEFORMIDAD EN VALGO, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE, DISPEPSIA.

Indica la actora que el año anterior, se encontraba estudiando en el grado TERCERO en el COLEGIO INTEGRADO MADRE DE LA ESPERANZA, pero su aprendizaje debido a sus diagnósticos ostenta necesidades diferentes a la de sus demás compañeros de estudio, es decir, el plan de estudios diseñado para la generalidad de niños del grado 3, no se le puede aplicar de la misma manera ni bajo los mismos parámetros a su hija que es una niña con discapacidad.

Señala que este año ya se encuentra matriculada en el grado CUARTO, pero se hace necesario que cuente con un tutor sombra, o tutor, para que sus necesidades en educación puedan ser surtidas, debido a que su progenitora y aquí accionante no puede estar en todas sus clases, toda vez que es madre soltera, y tiene que trabajar para poder suplir las necesidades básicas de su hija y las propias.

Par concluir refiere que su hija debido a sus diagnósticos es una niña en condición de discapacidad, y la CORTE CONSTITUCIONAL y sus fallos en los últimos años, han dejado en claro que tiene derecho a la educación como cualquier otro niño y que esta educación debe ser inclusiva, además su hija requiere de cuidados diarios y constantes incluso cuando se encuentra en horario de estudio, por eso ella debía estar al pendiente de ella en las clases.

Debido a lo anterior, solicitó a la NUEVA EPS que le fuera asignado un TUTOR SOMBRA o SOMBRA TERAPEUTICA para el acompañamiento en su educación en el COLEGIO INTEGRADO MADRE DE LA ESPERANZA.

Sin embargo, el pasado catorce (14) de abril del corriente recibió respuesta de NUEVA EPS en la que afirman que el TUTOR SOMBRA o SOMBRA TERAPEUTICA no es una prestación incluida en el P.B.S. por lo tanto le niegan el solicitado tutor.

TRAMITE

Por medio de auto del Diecinueve (19) de Abril de dos mil veintitrés (2023) el JUZGADO PROMISCOUO MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES, dispuso admitir la presente

acción tutelar contra la NUEVA E.P.S. vinculándose de manera oficiosa al COLEGIO INTEGRADO MADRE DE LA ESPERANZA CIME, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, GOBERNACION DE SANTANDER, HOSPITAL INTEGRADO SABANA DE TORRES, MINISTERIO DE SALUD, PERSONERIA MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y VINCULADOS

El accionado NUEVA E.P.S. así como los vinculados MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, GOBERNACION DE SANTANDER, HOSPITAL INTEGRADO SABANA DE TORRES, MINISTERIO DE SALUD, PERSONERIA MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, allegaron respuesta a la acción constitucional que nos ocupa durante el termino de traslado del escrito tutelar; por su parte el COLEGIO INTEGRADO MADRE DE LA ESPERANZA CIME guardó silencio frente a este.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia de Tres (03) de Mayo de dos mil veintitrés (2023), el **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES**, TUTELÓ los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a recibir atención oportuna y de calidad y a la Educación Inclusiva, de la menor **M F J M**, quien actúa siendo representada por su agente oficiosa **ALICIA MURILLO COLMENARES**, derechos vulnerados por la **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER**, al considerar que:

(...)Teniendo como base el material probatorio allegado al expediente es evidente que la menor de edad a favor de la cual se solicita el amparo tiene 12 años de edad, y según su historia clínica, se encuentra diagnosticada con síndrome de Down, tampoco hay discusión de que la menor se encuentra matriculada en el Colegio Integrado Madre de la Esperanza CIME.

En las respuestas emitidas por NUEVA EPS y por la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER se evidencia que ninguna

de las entidades acepta ser la responsable de garantizar a la menor el derecho a la educación inclusiva.

Ahora bien, debe advertirse que en principio la EPS tiene razón al mencionar que lo requerido no es un servicio de salud. El mismo está relacionado con una ayuda o asistencia para una adecuada inclusión en el servicio de educación.

Por lo anterior, de entrada es claro que la institución educativa donde se encuentra matriculada la menor y la Secretaría de Educación Departamental de Santander, no han realizado las labores necesarias para garantizar de forma cabal el derecho a la educación del menor, pues no basta con asignarle un cupo en una institución educativa sino que adicionalmente se debe garantizar la entrega de herramientas que garanticen su inclusión en el formato de educación actual enfocado en potencializar sus habilidades.

Ahora bien, descendiendo al caso de marras considera esta operadora judicial que si bien la accionante ha solicitado la asignación de un tutor sombra, es pertinente que exista una valoración que indique las necesidades de la menor en el aula, ello con el fin de garantizar su adecuada integración y aprendizaje en el ambiente escolar, valoración que debe coordinarse entre la secretaria de educación departamental de Santander y el Colegio en el que se encuentra matriculada la menor MAIRA FERNANDA JAIMES MURILLO. Lo anterior con el fin de que se le asigne una persona idónea en el acompañamiento de la menor en la institución educativa.(...)

IMPUGNACIÓN

El vinculado y quien a finalmente se le impartieron ordenes en la citada providencia **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER** sustentó la impugnación contra el fallo proferido por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES en los siguientes términos:

“de acuerdo con el diagnóstico de la menor, debió el Juez identificar su contenido integral y no únicamente encuadrarlo con el Síndrome de Down, pues esta no es la única patología que se evidencia sufre la menor, en el escrito de tutela se aportó un diagnostico en los siguientes términos: “SINDROME DE DOWN, OTROS TRASTORNOS DE ANSIEDAD MIXTOS, RETRASO MENTAL MODERADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO NULO O MINIMO, LUXACIÓN RECIDIVANTE DE LA RÓTULA, TRASTORNO DE LA REFRACCIÓN Y DEFORMIDAD EN VALGO, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE, DISPEPSIA”

Si lo que pretendía el juez de instancia es la tutela efectiva del derecho a la salud, vida y atención oportuna de la menor, debió ordenar un tratamiento integral, el que debería incluir una valoración psiquiátrica o neuropsiquiatría, con el objetivo de para valorar el grado de discapacidad genera del RETRASO MENTAL MODERADO; proceso que se encuentra en cabeza de un profesional de la salud mental, llámese psicólogo, psiquiatra o neuropsiquiatra, por ser el capacitado para emitir un diagnóstico, y su consecuente tratamiento. Como se puede evidenciar ninguna de estas valoraciones médicas, observan componentes pedagógicos; y en igual sentido el personal docente no es el especialista para determinar el tratamiento propio para los TRASTORNOS DE ANSIEDAD, corresponde a los psicólogos clínicos o psiquiatras, por ser el personal capacitado para generar este tipo de diagnóstico; así las cosas, es imposible para la Secretaría de Educación Departamental, emitir un diagnóstico de este tipo, hacerlo sería por demás

irresponsable, toda vez que los componentes pedagógicos distan de los científicos.

En cuanto a los problemas de “LUXACIÓN RECIDIVANTE DE LA RÓTULA, TRASTORNO DE LA REFRACCIÓN Y DEFORMIDAD EN VALGO”, que afectan el desplazamiento y movilidad de la menor, esta Secretaría tampoco puede acreditar un tratamiento que le sea favorable a sus necesidades, ya que las mismas son de orden ocupacional, terapéutico, fisioterapéutico y médico; en el entendido de que la problemática de desplazamiento de la menor, sus limitaciones de movilidad y control de esfínteres, no tiene nada que ver con los procesos pedagógicos; luego es claro que estas situaciones de salud, pueden afectar el proceso educativo de la menor; razón por la cual para la Secretaría de Educación Departamental, es vital que el sector salud diagnostique y determine las terapias ocupacionales y psicológicas, a fin de que la menor gane autonomía, e independencia y de esta forma los docentes de la institución puedan plantear estrategias académicas para el aprendizaje al ritmo de la menor propias del el grado escolar que cursa.

En este punto es importante manifestar que no es cierto, como indica el Juez de instancia que la Secretaría de Educación Departamental no se hace responsable de garantizar el derecho a la educación inclusiva, y por esa misma línea, se equivoca el Juez al manifestar que lo que requiere la menor no es un servicio de salud; sino que se trata de recibir ayuda o asistencia para una adecuada inclusión en el servicio de educación; pues olvida el Juez que la accionante en su escrito ha manifestado que “es madre soltera, y tiene que trabajar para poder suplir las necesidades básicas de su hija y las propias; y que su hija requiere cuidados diarios y constantes”; lo que implica que no solo se presenta la necesidad en la jornada educativa, la requeriré para sus actividades cotidianas, tales como cepillarse los dientes, comer, desplazarse al baño, asearse, etc, esto con ocasión de la disminución en la movilidad que sufre, ahora bien, en los episodios de ansiedad que pueda presentar, no solo se dan en el contexto académico, debiendo analizar todas las situaciones que pueden generar dicho episodio, y como se ha manifestado desde los componentes pedagógico, un docente no goza de la formación para atenderlo, tenga en cuenta que los mismos pueden significar altos grados de depresión, agresividad, aislamiento, situación que podría afectar el curso normal de las actividades académicas de los compañeros de clase, por ende, delegar estas funciones en un pedagogo afectarían la prestación del servicio de los demás niños de la institución, pues el docente no debe dedicarse a realizar actividades propias de un auxiliar de enfermería, o psicoterapeuta, lo que incluiría el cuidado y limpieza, aseo de la menor y mucho menos fungir de lazareto para facilitar su movilidad.”

CONSIDERACIONES

1.- La Acción de Tutela es un procedimiento creado por la Constitución Nacional de 1991 y está prevista como un mecanismo procesal subsidiario y específico, que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o vulnerados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción, está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya

autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

2.- De ante, mano se estudiará el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, situación que ha reiterado la Corte Constitucional en abundante jurisprudencia, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el texto constitucional, orientan la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales.

Sobre el particular, el artículo 86 superior, la acción de tutela *sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*. En la misma dirección, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 informa que **la acción de tutela resulta improcedente cuando el accionante tenga a su alcance otros recursos o medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.**¹

2.1. Entonces, para que proceda la acción de tutela, se debe verificar que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios, de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que **se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable**, siendo deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales que el sistema jurídico le otorga, en la defensa de sus derechos.

De no ser así, esto es, de considerarse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, **se correría el riesgo de variar las competencias de las distintas autoridades judiciales**, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

2.2. Respecto al principio de subsidiariedad de la acción constitucional de tutela, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-1054 de 2010, expuso que:

*“De acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando: (i) **es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos por la ley; y,** (ii) cuando los medios ordinarios de defensa judicial empleados se encuentran en trámite, es decir, los jueces o autoridades competentes no han dirimido definitivamente la litis puesta a su consideración. **Se reitera de esta manera, que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto, tampoco el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección,***

¹Sentencia T-129/09 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales. La Sala estima entonces, que la acción de tutela propuesta, en principio, no es el camino jurídico para dejar sin valor la decisión adoptada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena por medio del cual se aprobó una transacción, porque, como bien se lee en las citas jurisprudenciales de la Corte hechas en precedencia, la intervención del juez de tutela, por ser estrictamente excepcional, debe estar encaminada a determinar si a pesar de existir errores o faltas en los procesos, éstos pueden ser corregidos en el propio proceso, a través de los distintos mecanismos que prevé la ley, esto es si para su corrección se pueden proponer recursos, pedir nulidades, etc; ello es justamente lo que ocurre en este caso concreto, en el que se ha propuesto una nulidad, se ha decidido la misma en primera instancia conforme a los términos de la solicitud de tutela y hay lugar a la intervención del juez de segunda instancia para los fines que le son propios, de modo que, al juez de tutela le está vedado inmiscuirse en dicho trámite, so pena de ejercer una intervención concurrente. **Porque, como lo viene sosteniendo la doctrina constitucional, uno de los propósitos de la subsidiariedad de la tutela contra providencias judiciales, radica en que el juez ordinario pueda pronunciarse, en primera instancia, sobre la cuestión constitucional debatida, con ello se promueve, de forma cierta y eficaz, la irradiación de los bienes, valores y derechos constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico** (subrayado y negrilla fuera del texto)

Restaría analizar si procede la acción de tutela en la modalidad de mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, en tanto la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que la existencia de un medio legal de defensa no impide que la persona pueda apelar transitoriamente a la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, para que esta modalidad sea procedente, requiere la presencia coetánea de dos circunstancias, a saber: (i) el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable en que se encuentre el actor, y (ii) la ineficacia del medio judicial ordinario para conjurar dicho riesgo, circunstancias ambas que deben ser evaluadas por el juez desde la perspectiva del caso planteado.”

Así mismo en sentencia T-069 de 2015 la Corte Constitucional establece reglas de subsidiariedad en los que se presenta una presunta afectación a los derechos a la asociación sindical y a la igualdad de los actores:

La Sala debe recordar que el Decreto 2591 de 1991 y el precedente constitucional establecen que en principio **la acción de tutela es procedente, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, en la medida que el amparo no puede desplazar, ni sustituir, los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico.** Esta regla que se deriva del carácter excepcional y residual de la acción de tutela, cuenta con dos excepciones que comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario, que consisten en: i) la instauración de la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y ii) la falta de idoneidad o de eficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

En la materia analizada, esta Corporación ha señalado que **la acción de tutela se convierte en el medio adecuado para conjurar la vulneración de los derechos a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad**

y al trabajo que padecen las organizaciones de trabadores, así como sus miembros, porque tales titulares de derechos carecen de herramienta procesal ordinaria de naturaleza judicial que detenga la afectación a esos principios constitucionales. **Ello ocurre cuando el patrono ejerce actos de discriminación contra los miembros del sindicato o se niega a negociar con la asociación de los trabajadores** (lo subrayado y negrillas fura del texto)

3.- En lo que atañe al derecho a la educación se debe considerar que la accionante no cuenta con otro mecanismo judicial a través del cual se obtenga la debida protección del mencionado derecho. Así, las Sentencias T-108 de 2001, T-675 de 2002, y T-546 de 2013, conocieron los casos de tres niños que pretendían ser matriculados en jornada de educación para adultos y esta Corporación determinó que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para amparar el derecho a la educación, debido a la falta de otros medios jurisdiccionales idóneos y eficaces de los que puedan hacer uso los interesados.

Más recientemente, la Sentencia T-434 de 2018 estudió el caso de un menor de edad que residía a más de una hora de distancia en moto del colegio en el que estaba matriculado y solicitaba un cupo de estudio en otra institución educativa. En dicho pronunciamiento se reiteró la inexistencia de mecanismos jurisdiccionales idóneos y eficaces a los que se pudiera acudir para solicitar la protección del derecho fundamental a la educación y, en consecuencia, se declaró como procedente la acción de amparo constitucional.

4.- Frente a la acción de tutela en materia de solicitud de servicios e insumos médicos; la Ley 1438 de 2011 en su artículo 126 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias entre las EPS y sus afiliados respecto de la negativa a prestar servicios e insumos médicos.

La referida norma modificó el trámite previsto originalmente en la Ley 1122 de 2007 y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debía desarrollarse mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Además, dicha actuación debía garantizar cabalmente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

4.1. En este sentido, la Corte en Sentencia T-375 de 2018 había dicho que al momento de analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez constitucional debía considerar las siguientes reglas: (i) primero, el procedimiento ante la Superintendencia se debía

considerar como principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011; (ii) segundo, cuando la tutela se considerara como residual, el juez debía analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia con especial atención a las circunstancias particulares que concurrían en el caso concreto.

4.2. Sin embargo, por medio de Auto 668 del 2018, la Corte Constitucional citó a Audiencia Pública en el marco del seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, a diferentes entidades y personas responsables del sistema de salud y a expertos en la materia. Ello, con el fin de evidenciar las problemáticas estructurales que presenta dicho sistema y encontrar soluciones sustanciales y definitivas que permitan avanzar en la efectiva superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho a la salud en Colombia.

Dicho trámite contó con la presencia del Superintendente de Salud, quien señaló entre otras cosas que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que les otorga como término la ley; (ii) por lo anterior, existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital.

4.3. De suerte que la Sala encuentra que la acción de tutela es procedente para solicitar la protección de los derechos fundamentales del menor de edad agenciado en situación de discapacidad, pues: (i) respecto del derecho a la educación, no cuenta con otros medios jurisdiccionales idóneos y eficaces de los que pueda hacer uso; y (ii) respecto del derecho a la salud, si bien existe un recurso jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de sus garantías fundamentales.

5.- Ahora, en lo que respecta a la especial protección de las personas en situación de discapacidad, física o mental, encuentra su fundamento en los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución. De conformidad con el desarrollo jurisprudencial de estos deberes el Estado les debe brindar una protección reforzada, con el ánimo de fomentar condiciones igualitarias de participación en la sociedad y garantizar el goce de los bienes y servicios

que ofrece. Así, dicho estatus jurídico se soporta en el deber constitucional de protección derivado de “las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general”.

5.1. La protección de la población en situación de discapacidad y las obligaciones que se derivan de tal garantía varían en concordancia con la visión de la discapacidad que se maneje. Las formas de asumir la discapacidad y las medidas para enfrentar las barreras relacionadas con ella han evolucionado y serán distintas si se concibe la discapacidad desde un enfoque de prescindencia, médico rehabilitador o social como finalmente la aborda la Sentencia T-340 de 2010. El último enfoque mencionado fue asumido por el Estado colombiano como un derrotero a través de la Ley 1346 de 2009, aprobatoria de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

5.2. Entender la discapacidad desde el enfoque social, implica concebirla como un problema de la sociedad y no del individuo. En este orden de idea, las “limitaciones” que parecieran tener las personas en situación de discapacidad no tienen origen en su condición personal, física o mental, sino en la incapacidad de la sociedad para garantizar espacios y servicios para todas las personas en independencia de sus contingencias particulares.

6.- Es por tanto que, la jurisprudencia constitucional, concretamente en Sentencia T-480 de 2018, ha reconocido que la educación: (i) es un derecho inherente a la persona, y un servicio público cuya prestación es un fin esencial del Estado; (ii) es un derecho fundamental de las personas menores de 18 años; (iii) es gratuita y obligatoria en el nivel de básica primaria; (iv) debe priorizar su dimensión de servicio público de manera que todas las personas menores de 18 años accedan a al menos un año de preescolar, cinco años de primaria y cuatro de secundaria; (v) la integran 4 características fundamentales que se relacionan entre sí: aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad; (vi) las entidades públicas del orden nacional y territorial tienen la obligación de garantizar el cubrimiento adecuado de los servicios de educación y de asegurar a los niños y niñas condiciones de acceso y permanencia en el sistema educativo; y (vii) el Estado tiene la obligación de realizar una intervención positiva con el fin de eliminar las barreras que los menores de edad en condición de discapacidad puedan acceder a una educación de calidad.

6.1. En suma, el Estado está en el deber de asegurar que las personas en situación de discapacidad: (i) no queden excluidas del sistema general de educación, de la enseñanza primaria ni de la enseñanza secundaria, por motivos de discapacidad; (ii) puedan acceder a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; (iii) vean asegurados ajustes razonables que respondan a su condición particular y los apoyos en su proceso de aprendizaje; y, (iv) lleven a cabo su proceso educativo en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social, que permita su plena inclusión en la sociedad.

7.- Los ajustes razonables que debe adoptar la institución educativa que brinda procesos de educación inclusiva a estudiantes en situación de discapacidad se consignan en instrumentos llamados Planes Individuales de apoyos y ajustes razonables (PIAR). Dichas herramientas permiten visibilizar: (i) el contexto general del estudiante dentro y fuera del establecimiento educativo; (ii) su valoración pedagógica; (iii) informes de profesionales de la salud que aportan a la definición de los ajustes; (iv) los objetivos y metas de aprendizaje; (v) ajustes curriculares, didácticos, evaluativos y metodológicos para el año electivo, si se requieren; (vi) recursos físicos, tecnológicos y didácticos, necesarios para el proceso de aprendizaje y la participación del estudiante y; (vii) proyectos específicos que se requieran realizar en la institución educativa, diferentes a los ya programados en el aula, que incluyan a todos los estudiantes; (viii) situaciones relevantes del estudiante para su proceso de aprendizaje ; y (ix) actividades en casa que darán continuidad a diferentes procesos en los tiempos de receso escolar.

Si bien los ajustes razonables pueden comprender desde modificaciones curriculares hasta ajustes o correcciones a la infraestructura, de la respectiva institución educativa, la Corte ha conocido algunos casos en los que ajustes razonables han consistido en la prestación de un servicio de acompañamiento personalizado de acuerdo con las necesidades específicas de la persona en situación de discapacidad.

8.- Así, la Sentencia T-495 de 2012 estudió la tutela presentada por el padre de un estudiante de un colegio contra la Secretaría de Educación de Bogotá, ya que consideraba que la entidad había vulnerado los derechos de su hijo al negarse a nombrar un profesor especializado que lo apoyara en el aula, dado que padecía de trastorno del espectro autista y requería un apoyo especial.

El fallo consideró que no era de procedente el argumento de la Secretaría de Educación accionada, en cuanto a que el servicio solicitado por el actor no hacía parte del derecho

a la educación y que, por tanto, era competencia de la EPS prestarlo, pues la *“la pretensión de que el niño Nicolás Santiago sea acompañado permanentemente en su aula regular de estudio por un profesional especializado en el manejo de niños autistas, es un servicio educativo a cargo del sistema público educativo del Estado, que para el caso que nos ocupa, es la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C.”*. La sentencia resaltó que:

“en temas como el que aquí se estudia, en los que algunos servicios solicitados por personas en situación de discapacidad, no son prestados ni por las Secretarías de Educación ni por las EPSs, debido a que consideran no tener competencia para ello, la Sala advierte que existe una relación muy cercana entre los derechos a la salud y a la educación, así como una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes, por lo que cada una debe prestar el servicio que le corresponda, es decir, la EPS debe prestar el servicio de salud de forma integral, en orden a mejorar la calidad de vida de la persona en situación de discapacidad, y por su parte, la Secretaría de Educación, en este caso la de Bogotá D.C., debe garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva del interesado”.

8.1. En relación con el derecho a la educación, la Sala consideró que la entidad accionada no cumplió las obligaciones consignadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de Discapacidad, ya que esta establece que se debe prestar apoyo pedagógico en los centros educativos para garantizar el derecho a la educación. En ese sentido, señaló que la discapacidad no debía ser entendida como una enfermedad o un obstáculo para vivir, sino que debía ser abordada desde el matiz de la diversidad y del pluralismo, valores protegidos en la Constitución y que a la vez promueven la tolerancia y la igualdad. Por lo tanto, destacó que la discapacidad no solo debía abordarse desde el punto de vista médico, sino desde otras aristas que permitieran atenderla de manera integral. En consecuencia, ordenó a la Secretaría asignar personal docente en la institución distrital para que acompañara el proceso educativo del hijo del accionante.

8.2. Ahora bien, los profesionales de acompañamiento en el aula para personas en situación de discapacidad en algunas ocasiones revisten las características de *“sombras”*. Dichos escenarios facticos también han sido conocidos por la jurisprudencia constitucional. Así, la Sentencia **T- 567 de 2013** examinó la procedencia de asignar un acompañante permanente (sombra) a un menor de edad para mejorar su

calidad de vida. En el estudio del caso, la sentencia amparó los derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vida digna del menor al considerar que el entrenamiento de habilidades sociales mediante la inclusión escolar, constituye una actividad de orden educativa y, por lo tanto, es una responsabilidad de las autoridades educativas, es decir, las Secretarías de Educación.

9.- Por otra parte, la Sentencia T-318 de 2014 conoció la acción de tutela promovida por la madre de un menor de edad con diagnóstico trastorno por déficit de atención, a quien la coordinadora del centro educativo regular en el que estudiaba le recomendó asignarle un profesor sombra. En sede de revisión, la Sala encontró que a pesar de que la madre había realizado las gestiones ante la Secretaría de Educación municipal y la EPS para conseguir dicho servicio, estas autoridades negaron su competencia y consiguiente responsabilidad en la prestación del apoyo al considerarlo ajeno a sus competencias.

Al resolver el caso concreto, el fallo ordenó a la Secretaría de Educación que adelantara las acciones y dispusiera de manera efectiva los recursos y el personal docente necesarios para garantizar la prestación del servicio educativo que requería el menor de edad, pues encontró que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, es el Ministerio de Educación quien debía garantizar el derecho de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales a una educación de calidad y competitiva.

9.1. En ese sentido, de la jurisprudencia precitada se pueden extraer las siguientes reglas:

- El acompañamiento en el aula por parte de profesionales especializados para la asistencia de personas en situación de discapacidad ha sido considerado como un ajuste razonable que debe asumir el sector educativo en aras de garantizar el derecho a la educación inclusiva. No obstante, se ha determinado que la satisfacción de los derechos a la salud y a la educación en esas situaciones está interrelacionada, por lo que se requiere que ambos sectores cumplan con las responsabilidades que les son propias de manera coordinada.
- Cuando la EPS ha ordenado un acompañamiento terapéutico en el aula de clases, de manera que la educación inclusiva sea parte del proceso terapéutico, la Corte ha determinado que existe un componente mayormente educativo que es responsabilidad de las autoridades educativas. Por lo tanto, ha ordenado que

la prestación recaiga sobre tal sector y solo de manera subsidiaria en el sector salud (Sentencia T- 567 de 2013).

- Cuando la EPS no ha ordenado el acompañante terapéutico en el aula, pero lo ha solicitado el Colegio del niño en situación de discapacidad, la Corte ha solicitado la conformación de un Comité Interdisciplinario que integre autoridades educativas y de salud para que determinen su viabilidad. Adicionalmente, ha ordenado a la Secretaría de Educación respectiva que disponga del personal necesario para prestar el servicio educativo (Sentencia T-318 de 2014).

9.2. En suma, la Corte ha considerado que los apoyos de carácter terapéutico al interior del aula, tanto ordenados por la EPS como solicitados por el Colegio respectivo cumplen una función educativa y, en consecuencia, son responsabilidad del sector educativo.

10.- Es por tanto que al descender al caso en concreto y tras realizar un análisis de los supuestos facticos, así como de las pretensiones enarboladas por quien agencia a la niña **M.F.J.M**, para esta judicatura no existe duda alguna de que debido a los padecimientos que afronta la agenciada, a saber: SINDROME DE DOWN, OTROS TRASTORNOS DE ANSIEDAD MIXTOS. RETRASO MENTAL MODERADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO NULO O MÍNIMO, LUXACIÓN RECIDIVANTE DE LA RÓTULA. TRASTÓRNO DE LA REFRACCIÓN Y DEFORMIDAD EN VALGO, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE, DISPEPSIA esta demanda unas necesidades particulares para poder garantizar su acceso al derecho a la educación el cual le es inherente y que evidentemente como se ha venido desarrollado en las consideraciones del presente proveído recaería la obligación de ofrecerle educación de calidad y competitiva así como los medios para acceder a esta a la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER como efectivamente se resolvió en la sentencia que hoy es objeto de reparos.

10.1. Ahora, si bien es cierto lo esbozado en el escrito de impugnación al manifestar que existen otras padecimientos los cuales podrían afectar la tutela efectiva del derecho a la salud, vida y atención oportuna de la agenciada, arguyendo que debió ordenar un tratamiento integral, sumado a que *“la accionante en su escrito ha manifestado que es madre soltera, y tiene que trabajar para poder suplir las necesidades básicas de su hija y las propias; y que su hija requiere cuidados diarios y constantes; lo que implica que no solo se presenta la necesidad en la jornada educativa, la requeriré para sus actividades cotidianas”* las cuales un docente no goza de la formación para atenderlo al

ser “*actividades propias de un auxiliar de enfermería, o psicoterapeuta, lo que incluiría el cuidado y limpieza, aseo de la menor*” no sería de recibo por esta judicatura el argumento expuesto en la medida en que de acuerdo a las motivaciones que encaminaron a la representante legal de la aquí agenciada a promover esta acción constitucional se encaminan de manera concreta a las limitaciones que ha tenido que enfrentar la niña M.F.J.M para acceder a su derecho fundamental a la educación y su estadía en el plantel educativo dado a que como lo expresa la señora **ALICIA MURILLO COLMENARES** “*mi hija requiere cuidados diarios y constantes incluso cuando se encuentra en el horario de estudio, por eso yo debía estar pendiente de ella en las clases*” lo que finalmente le impediría laborar y por ende como ella misma lo afirma “*suplir las necesidades básicas de mi hija y las propias*”.

10.2. De tal manera que si bien la niña M.F.J.M requiere de una atención especial y permanente dentro y fuera de su horario escolar, queda por sentado de acuerdo con los hechos dirimidos en el escrito de tutela que de los cuidados extracurriculares se ocupa su representante legal y de los académicos deberán ser atendidos por parte de la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

10.3. Además, constata esta célula judicial que por parte de la señora **ALICIA MURILLO COLMENARES**, así como de la **NUEVA E.P.S.** a la cual se encuentra afiliada la niña **M.F.J.M.** se han adelantado hasta el momento las medidas, tramites y acciones necesarias a fin de garantizarle a la agenciada un tratamiento y cuidado de acuerdo con sus necesidades particulares de conformidad con los padecimientos que enfrenta, suministrándose medicamentos, controles, seguimientos y en general todas aquellas que en atención a su estado de salud requiere, haciéndose entonces necesario de conformidad con lo pretendido mediante la presente acción constitucional garantizarle la tutela efectiva de su derecho a la educación del cual recae la obligación como se dijo previamente en cabeza de la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

Así las cosas, se procederá por parte de este despacho a confirmar íntegramente el fallo de tutela proferido por el JUZGADO PROMISCOUO MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES por estar ajustado a derecho mediante el análisis de los elementos facticos que en torno a esta acción de tutela se circunscriben.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SABANA DE TORRES** de fecha Tres (03) de Mayo de dos mil veintitrés (2023), dentro de la acción de tutela interpuesta por **ALICIA MURILLO COLMENARES** Agente oficioso de su hija **M.F.J.M.** y en contra de la **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SANTANDER** por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y comuníquese la decisión a la Oficina Judicial de primer grado.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CESAR TULIO MARTINEZ CENTENO
JUEZ

Firmado Por:
Cesar Tulio Martinez Centeno
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002

Barrancabermeja - Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3f182e763629a4720a30d2d2dec9d45bb20c7ce5188d8a52fa302320136dc4ce**

Documento generado en 16/06/2023 10:41:43 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>